



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Innklagede kunngjorde en konkurranse med forhandling om prosjektering og utførelse av biologisk avløpsrenseanlegg ved Sentralrenseanlegget Nord-Jæren. Klagenemnda fant at innklagede hadde brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør for manglende levering av HMS-egenerklæring for underleverandøren.

Klagenemndas avgjørelse 27. oktober 2014 i sak 2013/80

Klager: Salsnes Filter AS

Innklaget: IVAR IKS

Klagenemndas medlemmer: Kai Krüger, Georg Fredrik Rieber-Mohn, Arve Rosvold Alver

Saken gjelder: Avvisning av leverandør

Bakgrunn:

- (1) IVAR IKS (heretter innklagede) kunngjorde den 13. juli 2012 en begrenset konkurranse med forhandling for prosjektering og utførelse av avløpsrenseanlegg ved Sentralrenseanlegget Nord-Jæren. Tilbudsfrist var i kunngjøringen punkt IV.3.4 angitt til 31. august 2012.

- (2) I kunngjøringen punkt II.1.5 var det gitt en kort beskrivelse av anskaffelsens art og omfang:

"Sentralrenseanlegg Nord-Jæren er i dag et kjemisk fellingsanlegg. Anlegget skal ombygges til et biologisk anlegg. Entrepriise M2.0 omfatter komplett prosjektering og leveranse av mekanisk anlegg for avskilling av suspendert stoff i forkant av det biologiske rensetrinnet".

- (3) I prekvalifiseringsgrunnlaget punkt 2.1 fremgikk kvalifikasjonskravene. Som krav til helse, miljø og sikkerhet var det angitt følgende:

"Leverandøren skal ved eventuell utøvelse av kontrakten oppfylle lovbestemte krav i Norge til helse, miljø og sikkerhet".

- (4) Som dokumentasjonskrav skulle det fremlegges:

"HMS-egenerklæring i samsvar med lovpålagte krav i eget formular som signeres av daglig leder og rep. for de ansatte. Leverandører hvis tilbud er avhengig av andre selskaper som underleverandører eller samarbeidspartnere må fremlegge tilsvarende dokumentasjon for disse. Manglende dokumentasjon vil føre til at anmodning om prekvalifisering vil bli avvist".

- (5) For leverandørenes tekniske og faglige kvalifikasjoner gjaldt følgende kvalifikasjonskrav:

"Leverandøren må ha gode og tekniske kvalifikasjoner for slikt arbeid som anskaffelsen gjelder."

- (6) Som dokumentasjon for dette kravet skulle det fremlegges:

"En liste over leverandørens/selskapets viktigste relevante prosjekter i løpet av de siste fem år."

Listen må inneholde følgende om de opplistede prosjektene:

- *Beskrivelse av referanseprosjektet*
- *Tidspunkt for referanseprosjektet*
- *Verdien av referanseprosjektet*
- *Navn på Oppdragsgiver i referanseprosjektet, inkludert kontaktinformasjon (telefonnummer og epost adresse)*

IVAR IKS forbeholder seg muligheten til å kontakte tidligere oppdragsgiver som referanser for oppgitte prosjekter.

Leverandører hvis tilbud er avhengig av andre selskaper som underleverandører eller samarbeidspartnere må fremlegge tilsvarende dokumentasjon for disse".

- (7) Også for de øvrige kvalifikasjonskravene var det angitt at:

"Leverandører hvis tilbud er avhengig av andre selskaper som underleverandører eller samarbeidspartnere må fremlegge tilsvarende dokumentasjon for disse."

- (8) Innklagede mottok søknad om prekvalifisering fra tre leverandører. I prekvalifiseringssøknaden fra Krüger Kaldnes av 30. august 2012 fremgikk det følgende:

"Vi takker for tilsendt grunnlag og oversender herved vår prekvalifikasjonssøknad med utgangspunkt i Krüger Kaldnes og Hydrotech".

- (9) I prekvalifikasjonssøknaden fra Krüger Kaldnes var det videre opplyst at Hydrotech AB hadde en omfattende referanseliste fra tilsvarende applikasjoner og for produksjon av separasjonsfiltre. Både referanselister og bemanningslister for Hydrotech AB var vedlagt søknaden.

- (10) I forpliktelseserklæringen fra Hydrotech AB fremgikk det at *"Undertotalentreprenøren bekrefter herved å stille til rådighet til varen eller tjenesten som det er behov for i perioden forpliktelsen gjelder for"*. Underleverandøren skulle utføre følgende oppgaver for Krüger Kaldnes AS: *"Prosjektering og leveranse av filtre for forbehandling av avløpsvann før biologisk trinn"*.

- (11) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede tre tilbud. Kontrakt ble først tildelt Stjernholm AS. Tildelingen ble siden påklaget av Salsnes Filter AS (heretter klager) og

omgjort etter en ny evaluering av de innkomne tilbudene. Krüger Kaldnes (heretter valgte leverandør) ble tildelt kontrakt.

- (12) Valgte leverandør leverte inn HMS-egenerklæring for eget firma sammen med tilbudet, men ikke HMS-egenerklæring for underleverandøren Hydrotech AB.
- (13) Nemndsmøte i saken ble avholdt 27. oktober 2014.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Avvisningsplikt grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav

- (14) Innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør. Innklagede har i kvalifikasjonsgrunnlaget innført en absolutt avvisningsplikt ved unnlatelse av å dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. For at valgte leverandør skulle bli kvalifisert i konkurransen var det en plikt å fremlegge HMS-egenerklæring for både eget foretak og for underleverandøren. Prekvalifikasjonssøknaden fra valgte leverandør og Hydrotech AB er basert på at Hydrotech AB er den som skal forestå arbeid med filtrene og det er presisert i prekvalifikasjonssøknaden at det er Hydrotech AB som har erfaring med denne delen av arbeidet. Hydrotech AB var på prekvalifikasjonsstidspunktet betegnet som en totalunderentreprenør, noe som skiller seg fra en ren utstyrsleverandør. Valgte leverandør har inngitt HMS-egenerklæring for eget foretak, men ikke for totalunderentreprenøren Hydrotech AB. Følgelig er det ikke innlevert dokumentasjon i samsvar med prekvalifiseringsgrunnlagets ufravikelige krav, og valgte leverandør skulle dermed vært avvist.
- (15) På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til, gjengis ikke klagers øvrige anførsler.

Innklagedes anførsler:

Avvisningsplikt grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav

- (16) Innklagede bestrider klagers anførsel. Etter forsyningsforskriften § 10-5 "kan" oppdragsgiver avvise tilbydere, men oppdragsgiver har ingen plikt til dette. Det er dermed ikke et absolutt krav om avvisning når HMS-egenerklæring for underleverandør ikke er innlevert. I tillegg skal det etter anskaffelsesforskriften leveres HMS-egenerklæring for "arbeid som skal utføres i Norge". Hydrotech AB skal ikke utføre arbeid i Norge, men er en ren utstyrsleverandør. Hydrotech produserer filtrene på sin fabrikk i Sverige med forutgående prosjektering og Hydrotech AB skulle utelukkende stå for prosjektering og leveranse av filtrene. Det er dermed ikke et krav å levere HMS-egenerklæring for Hydrotech AB.
- (17) På bakgrunn av det resultat klagenemnda har kommet til, gjengis ikke innklagedes øvrige anførsler.

Klagenemndas vurdering:

- (18) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Anskaffelsen gjelder

prosjektering og utførelse av biologisk avløpsrenseanlegg ved et eksisterende sentralrenseanlegg, som er en bygge- og anleggsanskaffelse.

- (19) I forskrift om offentlige anskaffelser av 7. april 2006 nr. 402 § 1-2 (4) fremgår det at denne forskriften ikke får anvendelse for oppdragsgivere som omfattes av forsyningsforskriften, såfremt den aktuelle anskaffelse skjer som ledd i utøvelse av aktivitet som er angitt i forsyningsforskriften. Av forsyningsforskriften § 1-5 fremgår det at forsyningsforskriften får anvendelse på *"kontrakter som tildeles eller arrangeres av oppdragsgiver som utøver en aktivitet som nevnt i § 1-3 bokstav a nr. 1, og som [...] b. er forbundet med å bortlede eller rense avløpsvann"*. Innklagede er et interkommunalt selskap som driver kjemisk renseanlegg i Mekjarvik som tar imot og renser avløpsvann fra de omkringliggende kommunene, og omfattes dermed av forsyningsforskriften, jf. § 1-2 (1) bokstav a. Anskaffelsen av biologisk avløpsrenseanlegg er *"forbundet med å [...] rense avløpsvann"* jf. § 1-5 bokstav b. Anskaffelsen reguleres dermed etter forsyningsforskriften.
- (20) Anskaffelsens verdi er ikke angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Basert på partenes pretensjoner legges det til grunn at forsyningsforskriftens del II kommer til anvendelse i det foreliggende tilfellet.

Avvisningsplikt grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav

- (21) Forsyningsforskriften del II inneholder ingen uttrykkelige regler om avvisningsplikt ved manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, i motsetning til slik det er etter forskrift om offentlige anskaffelser. § 10-5, som innklagde har vist til, gjelder avvisning av leverandører som ikke oppfyller tilsvarende krav som i forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12 annet og tredje ledd. Regelen om avvisning grunnet manglende oppfyllelse av kvalifikasjoner finnes i forskrift om offentlige anskaffelser 20-12 første ledd bokstav a.
- (22) I forsyningsforskriften § 7-9 (1) er det likevel angitt at *"[k]valifisering av leverandører skal skje på bakgrunn av objektive kriterier og regler som er tilgjengelig for alle interesserte leverandører"*. Forsyningsforskriften krever altså ikke uttrykkelig at leverandører som ikke er kvalifisert blir avvist. Det er likevel ikke tvilsomt at forsyningsforskriften bygger på en forutsetning om at det kun er leverandører som oppfyller kvalifikasjonskriteriene som kan tildeles kontrakt. I foreliggende sak har innklagede angitt at manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskravene ville føre til avvisning.
- (23) Innklagede har i kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 2 stilt krav om at *"[l]everandøren skal ved eventuell utøvelse av kontrakten oppfylle lovbestemte krav i Norge til helse, miljø og sikkerhet"*. Som dokumentasjonskrav skulle det fremlegges *"HMS-egenerklæring i samsvar med lovpålagte krav i eget formular som signeres av daglig leder og rep. for de ansatte. Leverandører hvis tilbud er avhengig av andre selskaper som underleverandører eller samarbeidspartnere må fremlegge tilsvarende dokumentasjon for disse. Manglende dokumentasjon vil føre til at anmodning om prekvalifisering vil bli avvist"*.
- (24) I klagenemndas sak 2011/239 premiss (31) følger det at *"innklagede som utgangspunkt står fritt til å velge hvilke og hvor strenge kvalifikasjonskrav som skal stilles til leverandørene"*. Videre vil en oppdragsgiver være forpliktet til å følge egne fastsatte krav, jf. EU-domstolens avgjørelse i T-40/01 premiss (76) om at oppdragsgiver er *"always*

bound to ensure observance of the terms and conditions of the tender specifications, which they have freely chosen to make mandatory",

- (25) Kravet til levering av HMS-egenerklæring gjaldt for leverandøren. I tillegg var det krav om at underleverandører eller samarbeidspartnere skulle levere HMS-egenerklæring, for *"[l]everandører hvis tilbud er avhengig av andre selskaper som underleverandører eller samarbeidspartnere"*.
- (26) Dette kravet var gjengitt for samtlige kvalifikasjonskrav. Ut fra sammenhengen må kravet forstås slik at det relaterer seg til situasjoner hvor en leverandør støtter seg på et annet foretaks kapasitet som grunnlag for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, jf. forsyningsforskriften § 7-11 (3). Av denne bestemmelsen fremgår at *"[d]ersom kvalifikasjonskriteriene omfatter krav vedrørende leverandørens tekniske eller faglige ferdigheter eller økonomiske og finansielle evne, kan den om nødvendig støtte seg på andre foretaks kapasitet[...]. I så fall skal leverandøren dokumentere overfor oppdragsgiveren at den rår over disse ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring fra disse foretakene i den forbindelse"*.
- (27) I kvalifikasjonsgrunnlaget punkt 2.3 fremgikk det at *"[l]everandøren må ha gode tekniske kvalifikasjoner for slikt arbeid som anskaffelsen gjelder"*. For å dokumentere dette skulle leverandøren blant annet levere referanseliste og beskrivelse av referanseprosjekt. Valgte leverandør har i prekvalifikasjonssøknaden opplyst at Hydrotech AB har en omfattende referanseliste fra tilsvarende applikasjoner og for produksjon av separasjonsfiltre. Både referanselister og bemanningslister for Hydrotech AB er vedlagt søknaden. Av prekvalifikasjonssøknaden fremgikk det at valgte leverandør *"[...] oversender herved [...] prekvalifikasjonssøknad med utgangspunkt i Krüger Kaldes og Hydrotech"*. Prekvalifikasjonssøknaden bygget på kompetanse fra valgte leverandør og Hydrotech AB's kompetanse innenfor separasjonsfilter til bruk på renseanlegg. Dette innebærer at valgte leverandør på prekvalifikasjonstidspunktet støttet seg til Hydrotech AB's kompetanse innenfor separasjonsfilter og erfaring med tilsvarende applikasjoner, for å oppfylle kvalifikasjonskravet.
- (28) Slik konkurransegrunnlaget var utformet var det en plikt å levere HMS-egenerklæring for underleverandører som leverandøren støttet seg på. Innklagede har imidlertid fremført at Hydrotech AB var en ren utstysleverandør som ikke skulle utføre arbeid i Norge, og at HMS-egenerklæring av den grunn ikke skulle fremlegges for Hydrotech AB.
- (29) Innklagedes anførsel bygger på at ettersom HMS-egenerklæringen gjelder arbeid som utføres i Norge, er det ikke grunn til at en ren utstysleverandør skal innlevere en slik erklæring. Slik konkurransegrunnlaget er utformet legges det imidlertid ikke opp til at innklagede i prekvalifiseringsfasen skal gjøre seg opp en formening om hvorvidt underleverandører vil utføre arbeid i Norge eller ikke. Det avgjørende etter konkurransegrunnlaget er hvorvidt leverandøren støtter seg på kapasiteten til underleverandøren som grunnlag for å bli kvalifisert. Gjennom innlevert HMS-egenerklæring vil da underleverandøren ha forpliktet seg til å overholde HMS-krav ved (eventuelt) arbeid i Norge.
- (30) Uansett kunne innklagede ikke på et forsvarlig grunnlag konkludere med at Hydrotech AB ikke ville utføre arbeid i Norge. I prekvalifikasjonssøknaden fremgikk ikke rollefordelingen mellom valgte leverandør og underleverandøren. Prekvalifikasjonssøknaden var imidlertid basert på at Hydrotech AB skulle stå for arbeid

med filtrene ettersom det var Hydrotech AB som hadde erfaring med dette. Av forpliktelseserklæringen fremgikk at Hydrotech AB var "*undertotalentreprenør*" for separasjonsfiltre. Når Hydrotech AB er betegnet som undertotalentreprenør for separasjonsfiltre, innebærer dette noe mer arbeid enn en ren utstyrsleveranse. Informasjonen i prekvalifiseringssøknaden kan derfor ikke forstås slik at det ikke kunne være aktuelt at Hydrotech AB skulle utføre arbeid i Norge.

(31) Ettersom valgte leverandør støttet seg på Hydrotech AB's kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskravet, innebærer manglende innlevering av HMS-egenerklæring for Hydrotech AB at det ikke er fremlagt dokumentasjon i samsvar med prekvalifiseringsgrunnlagets ufravikelige krav. Valgte leverandør skulle derfor vært avvist.

(32) Som følge av denne konklusjonen tas det ikke stilling til klagers øvrige anførsler.

Konklusjon:

IVAR IKS har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandør.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Kai Krüger